nº 4 (3er Trimestre 2022)
ISSN: 2792-7962 –ISSNe: 2792-7970

El Convenio 190 OIT y la tutela administrativa de la violencia y el acoso en el trabajo[1]

ILO Convention 190 and administrative protection against violence and harassment in the workplace

Juan Antonio Altés Tárrega *Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universitat de València. Estudi General*
https://orcid.org/0000-0003-1530-8545

Cita Sugerida: ALTÉS TÁRREGA, J.A. "El Convenio 190 OIT y la tutela administrativa de la violencia y el acoso en el trabajo". *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. núm. 4 (2022): 97-121.

Resumen

La ratificación del Convenio 190 OIT por el estado español va a requerir algunas modificaciones en nuestra normativa para cumplir con los estándares marcados en el mismo. Estos cambios no siempre van a tener en mismo calado. En función de la materia concreta, nuestro ordenamiento jurídico ya ha desarrollado un régimen de protección adecuado que, seguramente, requerirá sólo algunos ajustes, sin embargo, en otras ocasiones, será necesario un esfuerzo legislativo mayor.

En este sentido, el presente trabajo pretende, por un lado, analizar la tutela administrativa, esto es, el régimen sancionador laboral que contiene la LISOS en relación con la violencia y el acoso en el trabajo, poniendo de relieve su régimen jurídico y, especialmente sus deficiencias, intentando clarificar los puntos oscuros de la norma; y, por otro lado, al hilo de dicho análisis, determinar qué aspectos de la regulación vigente requieren adaptarse para cumplir con el Convenio 190 OIT.

Palabras clave

Convenio 190 OIT; Violencia y acoso en el trabajo; tutela administrativa.

Abstract

The ratification of ILO Convention 190 by the Spanish state will require some changes in our regulations in order to comply with the standards set out therein. These changes will not always have the same scope. Depending on the specific subject matter, our legal system has already developed an adequate protection regime that will probably require only a few adjustments. In this sense, this paper aims, on the one hand, to analyse the protection provided by administrative labour regulations in relation to violence and harassment at work and, on the other hand, to determine which aspects of the current regulations need to be adapted in order to comply with ILO Convention 190.

Keywords

ILO Convention 190; Violence and harassment at work; Administrative protection

1. INTRODUCCIÓN

La lucha frente a la violencia y el acoso en el trabajo requiere actuar y prestar atención a varias cuestiones.

En este sentido, por un lado, hay que fijar el foco en las medidas preventivas, desde las campañas de sensibilización, formación e información sobre estas conductas y sus consecuencias, a las medidas concretas que, tras los correspondientes diagnósticos de situación sobre la empresa

[1] Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PGC2018-094912-B-I00 (VITRAGE), financiado MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y "FEDER Una manera de hacer Europa".

Fecha Recepción: 28/07/2022 - Fecha Revisión: 05/09/2022 - Fecha Aceptación: 05/09/2022
Pags. 97-121

y su estructura organizacional, se implementan en los planes de prevención de las empresas para evitarlos. Se trata, sin duda, de los instrumentos más eficaces para avanzar en la erradicación del acoso y la violencia, pero los más infrautilizados. Durante mucho tiempo, y aun hoy, la ausencia de una regulación expresa sobre los riesgos psicosociales y su prevención han provocado que en una materia tan protocolizada como es la prevención de riesgos laborales los empresarios no hayan incorporado este tipo de medidas y, lo que aún es peor, que no se haya llevado un control sobre dicho incumplimiento.

Ahora bien, por otro lado, la normativa debe implementar igualmente medidas de carácter reactivo, pues son igualmente importantes para conseguir entornos laborales exentos de violencia y acoso. De hecho, este tipo de protección tiene también un elemento preventivo en relación con futuras conductas, pues, efectivamente, sancionar adecuadamente estos comportamientos advierte y disuade a los potenciales sujetos infractores de cometerlos.

Pues bien, estas medidas reactivas se proyectan en tres planos distintos. Así, por una parte, a nivel interno, nos encontramos con las acciones disciplinarias que la empresa tome en relación con los sujetos que cometan violencia y acoso. Por otra parte, fuera de este entorno privado, las instituciones públicas actúan sobre los agresores de dos maneras: imponiendo sanciones y resarciendo los daños de las víctimas.

En este trabajo nos vamos a centrar en el *ius puniendi* del estado, en concreto en las sanciones administrativas previstas para castigar la violencia y el acoso en el trabajo desde estas dos perspectivas: prevención y reacción.

De esta manera, se analizan de forma crítica las infracciones establecidas en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS) en relación con el acoso sexual y los acosos discriminatorios en el trabajo, así como otras infracciones de carácter más genérico que pueden aplicarse a otras situaciones de violencia y acoso en la empresa; y, en segundo lugar, se justifica y valora jurídicamente la aplicación a estos supuestos de las infracciones previstas en dicha norma por el incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales.

Además, este análisis se completa con las previsiones que en esta materia incorpora el Convenio 190 OIT, sobre violencia y acoso de 21 de junio de 2019, al cual ya se ha adherido España, si bien no entrará en vigor hasta el 25 de mayo de 2023[2], con el fin de valorar la adecuación de la normativa española al mismo y, en su caso, definir qué actuaciones legislativas pueden resultar necesarias.

2. EL CONTROL ADMINISTRATIVO DE LA VIOLENCIA Y EL ACOSO EN EL CONVENIO 190 OIT

El Convenio 190 OIT, sobre violencia y acoso en el trabajo establece un concepto de violencia y acoso único, que se define como "*un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género*" (art. 1.a), que, a su vez, se define como la "*violencia y el acoso que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual*" (art.1.b). Esta definición omnicomprensiva implica una resaltable novedad,

[2] Instrumento de adhesión al Convenio sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, hecho en Ginebra el 21 de junio de 2019 (BOE-A-2022-9978)

toda vez que las situaciones de violencia y acoso se han venido conceptualizando como categorías distintas dentro del fenómeno de la violencia laboral, lo que no quiere decir, obviamente, que los actos de acoso no sean manifestaciones de conductas violentas. Es decir, el concepto de violencia laboral hace referencia a dos realidades distintas: es, por una parte, una noción compleja que engloba diversas manifestaciones que, además, tienden a regularse de forma diferenciada; y, por otro lado, a una categoría concreta que suele distinguirse del acoso por el elemento de reiteración en la conducta que califica a este último[3].

Es cierto que el Convenio permite que los países que se adhieran al mismo incluyan en su legislación nacional un concepto único o bien ambos de forma separada, siendo esta la opción por la que entendemos que se decantará el legislador español, pues no en vano ya existen construcciones jurídicas sobre el concepto de acoso[4]. En cualquier caso, esta concepción tendrá repercusiones sobre la actual normativa en sus distintas vertientes, incluida la tutela administrativa que se dispensa a las mismas.

En relación con el control administrativo laboral de las situaciones de violencia y acoso en el trabajo se sienta un principio fundamental que obliga a los países que ratifiquen el Convenio a "*garantizar que existan medios de inspección e investigación efectivos de los casos de violencia y acoso, incluyendo a través de la inspección del trabajo o de otros organismos competentes*" (art. 4.2.h).

En este mismo sentido, en el art. 10.h del Convenio se determina que deberán establecerse medidas para "*velar por que la inspección del trabajo y otras autoridades pertinentes, cuando proceda, estén facultadas para actuar en caso de violencia y acoso en el mundo del trabajo (...) a reserva de cualquier recurso judicial o administrativo que pueda prescribir la legislación*".

Sobre esta base en los apartados siguientes vamos a analizar la potestad sancionadora de la administración en materia de violencia y acoso en nuestro país, al tiempo que vemos si se acomoda o no a los postulados establecidos en el Convenio 190 OIT.

3. INFRACCIONES Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS EN RELACIÓN CON LA VIOLENCIA Y EL ACOSO EN EL TRABAJO

La tutela administrativa de la violencia y el acoso en el trabajo se centra en la responsabilidad empresarial frente a estas conductas y tiene dos vertientes.

Así, por un lado, esta tutela da lugar a una serie de infracciones laborales en materia de relaciones laborales y, por otro lado, a diversas infracciones en materia de prevención de riesgos laborales. En las primeras la sanción se articula sobre la violencia y el acoso que sufren los trabajadores en la empresa y, por tanto, constituyen una reacción a estos ilícitos; en las segundas la sanción no requiere que se hayan consumado las conductas, pues bastará que no se hayan previsto diligentemente como riesgos para la salud de los trabajadores.

[3] Altés Tárrega, J.A.: *El acoso del trabajador en la empresa (consideraciones al hilo de la Ley 62/2003 de Medidas Fiscal y la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

[4] Se trata de las contenidas en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, para ciertos acosos discriminatorios; en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, para el acoso sexual y por razón de sexo; y en la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que amplia los motivos de acoso discriminatorio. Sobre los conceptos de los distintos tipos de acoso en el ordenamiento jurídico español y su relación con el Convenio 190 OIT me remito a Pons Carmena, M.: "Aproximación a los nuevos conceptos sobre violencia y acoso en el trabajo a partir de la aprobación del Convenio 190", *Labos*, núm. 2, 2020, pp. 30-60.

3.1. Violencia y acoso como infracciones administrativas en las relaciones laborales

La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, de aplicación a las relaciones de trabajo por cuenta ajena (art. 3) tiene como uno de sus objetivos incluir en esta matera un régimen de infracciones y sanciones aplicable en todos los ámbitos, pues, como se reconoce en el Preámbulo de la norma, actualmente sólo existía en determinados ámbitos como el laboral. En este sentido, este régimen sancionador no sustituye al recogido en la refundida LISOS, pues, de hecho, la norma expresamente indica que, en el orden social, el régimen aplicable será el regulado por la LISOS. Así, existe complementariedad entre ambas normas, lo que, no obstante, provoca algunas disfunciones a las que me referiré más adelante en los apartados correspondientes.

Por lo demás, es importante destacar que la sanción administrativa de las conductas de violencia y acoso que se producen en la empresa se recoge sólo expresamente en relación con el acoso sexual y los denominados acosos discriminatorios, por lo que el resto de manifestaciones de estas conductas ilícitas se han de incardinar en otros tipos genéricos recogidos en la LISOS y en la Ley 15/2022, lo que provoca una situación de ambigüedad que puede dar lugar a que muchas conductas no obtengan la sanción correspondiente.

3.1.1. La infracción de acoso sexual en el trabajo

La tipificación como infracción del acoso sexual en el trabajo tiene su origen en la Ley 50/1998 de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Esta norma añadía un nuevo apartado 14 al entonces vigente art. 96 ET, que consideraba como infracción muy grave "*el acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial*". Posteriormente, a partir del año 2000, está infracción se ubicó en el art. 8.13 LISOS, añadiendo al texto anterior, que la responsabilidad nace "*cualquiera que sea el sujeto activo de la misma*".

3.1.1.1. La conducta ilícita

En el momento en que se tipificó el acoso sexual como una infracción no existía en nuestro ordenamiento un concepto que describiera este ilícito, más allá del art. 4.2.e ET vigente entonces[5], que contemplaba como un atentado contra la dignidad de los trabajadores "*las ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual*". Por ello, el hecho de que no se describiera ni detallara la conducta infractora fue objeto de crítica por parte de la doctrina científica que estudiaba esta materia[6].

El panorama, aunque ha mejorado, no es muy distinto hoy en día. El ET establece en el reformado art. 4.2.e la obligación empresarial de proteger al trabajador frente al acoso sexual y el resto de acosos por motivos discriminatorios, pero no los define. Por tanto, se hace necesario acudir a la definición de este ilícito que la LO 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI) recogió de la normativa comunitaria, considerando el acoso sexual como "*cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo*. No podemos desgranar aquí el alcance de este concepto, con perfiles intencionalmente indeterminados para favorecer la integración de las distintas manifestaciones de estas conductas.

[5] Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

[6] Lousada Arochena, J.F.: "La sanción administrativa del acoso sexual laboral tras la ley 50/98, del 30 de diciembre", *Revista de Derecho Social*, núm. 10, 2000, p. 99; y Altés Tárrega, J.A.: *El acoso sexual en el trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 161 y 162.

Baste decir que engloba todas las modalidades de chantaje sexual o acoso de intercambio y de acoso sexual ambiental, es decir, usando las palabras del Tribunal Constitucional, se prohíbe no sólo el acoso sexual, "*en el cual el sometimiento de la mujer o el hombre a tales requerimientos no queridos ni pedidos de empleadores o compañeros, que se erige en un peligro de la estabilidad en el empleo, la promoción, o la formación profesional o cualesquiera otra condiciones en el trabajo o en el salario, sino también el acoso sexual consiste en un comportamiento de carácter libidinoso no deseado por generar un ambiente laboral desagradable, incómodo, intimidatorio, hostil, ofensivo o humillante para el trabajador*" (STC 224/1999, de 13 de diciembre).

3.1.1.2. El sujeto infractor/responsable y su relación con los sujetos de la infracción conducta ilícita

De acuerdo con el art. 2.1 LISOS, el sujeto responsable de las infracciones cometidas en la relación laboral es el empresario, lo que es consecuencia de la ubicación de la protección frente a estas conductas entre los derechos subjetivos que el trabajador ostenta frente al mismo (art. 4.2.e ET). Así, en relación con estos comportamientos se ha optado por no sancionar administrativamente a otros sujetos que pueden participar activamente en la conducta ilícita, como los trabajadores, cuyas responsabilidades deberán depurarse en otros ámbitos del derecho privado (responsabilidad laboral y civil) y público (responsabilidad penal en caso de que la conducta sea constitutiva de delito).

Ahora bien, el precepto deja muy claro que la responsabilidad empresarial no sólo nace de actos propios (cuando el acoso lo comete el empresario o las personas que lo representan), sino también por actos de terceros.

Efectivamente, hasta la promulgación de la Ley 50/1998, el acoso se venía considerando sancionable de acuerdo con el actual art. 8.11 LISOS que tipifica como infracción muy grave *"los actos del empresario que fuesen contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores"*. Por ello, parte de la doctrina defendía que el empresario sólo debía responder cuando el sujeto activo fuera él mismo o la persona que le represente[7], poniendo en duda el alcance real de esta responsabilidad al ser muy numerosos los casos en los que la conducta la lleva a cabo un sujeto distinto al empresario.

Esta discusión doctrinal comenzó a clarificarse con la inclusión de un ámbito objetivo de responsabilidad empresarial, identificado funcionalmente con aquél al que "*alcanzan las facultades de dirección del empresario*" y se cerró definitivamente cuando, como hemos señalado, en su refundición, la LISOS incluyo la responsabilidad de la empresa por la conducta constitutiva de acoso sexual "*cualquiera que sea el sujeto activo de la misma*".

Por lo demás, la integración de este ámbito funcional, no limitado espacialmente a la empresa, permite atribuir responsabilidad al empresario, no solo por las conductas de acoso cometidas por terceros en dicho ámbito, sino también las que recaen sobre otros sujetos presentes en la organización empresarial que carecen de una relación contractual directa con la misma. Así ocurriría en supuestos

[7] Escudero Rodríguez, R. "El acoso sexual en el trabajo", *Relaciones Laborales,* 19932, p. 473; y Molero Manglano, C.: "El acoso sexual: elementos sustantivos y problemas procesales. A propósito de la STC de 13 de diciembre de 1999", *Actualidad Laboral*, núm. 15, 2000, p. 245. No se trataba en cualquier caso de una postura pacífica, pues en otros sectores doctrinales no se dudaba de la responsabilidad administrativa de la empresa por las acciones de acoso sexual realizadas por sus trabajadores -en este sentido, Del Rey Guanter, S.: "Acoso sexual y relación laboral", *Relaciones Laborales*, núm. 34, 1993, 108; De Castro Fernández, L.F.: "O acoso sexual no traballo", *Revista Galega de Dereito Social*, núm. 8, 1993, pp. 82 y 83; y Lousada Arochena, J.F.: *El derecho de los trabajadores a la protección frente al acoso sexual*, Granada, Comares, 2006, p. 260; y "La sanción administrativa…, ob. cit., p. 98.

de cesión de trabajadores en el marco de grupos de empresa, en contratos de puesta a disposición entre las empresas de trabajo temporal y la empresa usuaria y en el caso de contratas y subcontratas.

El precepto sanciona al empresario en cuyo ámbito de dirección y control se produce el ilícito sin importar el hecho de que la víctima, el agresor o, incluso, ambos mantengan una relación laboral directa con el mismo. El objetivo es compeler a los empresarios a preservar un entorno laboral exento de acoso sexual y dicha obligación nace indistintamente de quien sea el concreto trabajador acosado y de quien sea el sujeto infractor. En otro caso podría llegarse al absurdo, por ejemplo, de sancionar a un empresario en cuyo ámbito locacional se ha producido un acoso perpetrado por un trabajador cedido (más cuando la víctima tampoco sea trabajador interno), cuando no tiene atribuidas competencias disciplinarias o de organización que le permitieran evitar o reaccionar ante el suceso y, a la vez, exonerar de responsabilidad a la empresa de trabajo temporal que no reacciona debidamente ante el aviso de la usuaria, porque ha cedido el poder de dirección; o de exonerar a la empresa principal en cuyas dependencias se produce un acoso por un trabajador de la empresa contratista, bajo el inadmisible argumento de que aquélla no ostenta poder de dirección ni de organización sobre el agresor[8]. Otra cosa será que el empresario pruebe que adoptó todas las medidas posibles para prevenir y sancionar el acoso sexual en cuyo caso no se darían los requisitos suficientes para que naciera la acción de responsabilidad.

Por otro lado, la expresión utilizada permite incluir otras situaciones que se desarrollan fuera de los márgenes temporales y locacionales señalados, integrando el acoso sexual que repercute directa o indirectamente sobre la relación laboral.

En este sentido, la infracción recogida por la LISOS se adapta a los dictados del Convenio 190 que, al delimitar la laboralidad de las conductas de acoso, utiliza un sentido amplio de dicha calificación.

Así, en primer lugar, debe tenerse bien presente que el ámbito subjetivo de protección del Convenio 190 se extiende a los "*los trabajadores y a otras personas en el mundo del trabajo*" (art. 2.1), lo que incluye, como ha señalado la doctrina que ha analizado esta cuestión, situaciones que van más allá de la relación formal de trabajo dependiente y por cuenta ajena[9]. La expresión se refiere a los trabajadores asalariados -atendiendo al concepto establecido en la legislación y práctica de cada país-, "*así como a las personas que trabajan, cualquiera que sea su situación contractual*". Ello permite integrar en la protección a los trabajadores autónomos y también a ciertos colectivos muy sensibles a estas conductas, como son las personas que trabajan en entornos domésticos y que muchas veces están excluidos del derecho del trabajo o realizan su prestación en el ámbito de la economía sumergida.

Además, el texto del Convenio 190 menciona expresamente a otras personas que realizan prestaciones de trabajo distintas a la relación laboral: "*las personas en formación, incluidos los pasantes y los aprendices, los trabajadores despedidos, los voluntarios, las personas en busca de empleo y los postulantes a un empleo, y los individuos que ejercen la autoridad, las funciones o las responsabilidades de un empleador*". Con esta última mención se menciona expresamente la protección frente a las conductas de violencia y acoso vertical.

[8] Así se ha señalado en Sánchez, E.; Larrauri, E.: *El nuevo delito de acoso sexual y su sanción administrativa en el ámbito laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 62.

[9] Pons Carmena, M.: "Aproximación a los nuevos conceptos…", ob. cit., p. 51.; Yagüe Blanco, S.: "Convenio núm. 190 de la OIT sobre violencia y acoso: delimitación de su ámbito de aplicación ante la posible ratificación por España", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 57, 2020, pp. 530 y 531.

Por su parte, el art. 2.2 determina la aplicación del Convenio "*a todos los sectores, público o privado, de la economía tanto formal como informal, en zonas urbanas o rurales*", reafirmando que es trabajador quien realiza un trabajo y no quien tiene un contrato de trabajo, bien porque no se cumplen los requisitos para su formalización, bien porque se evita la misma. Así, se engloban todas aquellas situaciones de huida del derecho del trabajo (falsos autónomos, trabajo parasubordinado, trabajos llevados a cabo en la economía sumergida), aunque no se mencionen expresamente en la norma. Por otro lado, la inclusión del trabajo en zonas rurales "responde a que el trabajo agrícola en la economía rural suele tener en muchos países una cobertura limitada en la relación laboral y, además, está compuesto por colectivos que se enfrentan a un alto nivel de exposición a la discriminación y el acoso, como mujeres e inmigrantes"[10].

En segundo lugar, el art. 3 del Convenio 190 extiende la cobertura "*a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo que ocurren durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo*". Por tanto, la protección no se restringe al ámbito espacial y temporal en el que se lleva a cabo la prestación laboral, sino que, en el sentido ya advertido, se extiende a las conductas que tienen una conexión con el trabajo o que son resultado del trabajo, independientemente de dónde y cuándo se producen.

El propio Convenio 190, en relación con esta concepción, enumera una serie de supuestos en los que las conductas se considerarán violencia y acoso en el trabajo. Junto con el lugar de trabajo se incluyen "*los espacios públicos y privados cuando son un lugar de trabajo*" (art. 3.a), por lo que no cabe duda de que la protección se extiende al trabajo a distancia y al trabajo doméstico. Además, se menciona expresamente "*el alojamiento proporcionado por el empleador"* (art. 3.e), lo que permite extender la protección a ciertos trabajados domésticos o de cuidados que se realizan en régimen interno. También se alude a los espacios de la empresa o del centro de trabajo que no están destinados a la realización de la prestación de servicios, esto es, "*los lugares donde se paga al trabajador, donde éste toma su descanso o donde come, o en los que utiliza instalaciones sanitarias o de aseo y en los vestuarios*" (art. 3.b). Y queda igualmente incluida la violencia y el acoso que ocurre "*en los desplazamientos, viajes, eventos o actividades sociales o de formación relacionados con el trabajo*" (art. 3.c), que sucede, por tanto, en momentos distintos al tiempo de trabajo, e, igualmente, la que acaece en "*los trayectos entre el domicilio y el lugar de trabajo*" (art. 3.f).

Finalmente, resulta ciertamente plausible la incorporación de la violencia y el acoso que se da "*en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación*". En un contexto en el que cada vez cobra más importancia el trabajo digital, en el que existe poco o nulo contacto presencial, esta alusión permite recordarnos que estos nuevos contextos no están exentos conductas de este tipo, si no que más bien al contrario, las propician, auspiciadas precisamente en la falta de contacto físico. De esta manera, se incluye en el ámbito de protección el denominado ciberacoso independientemente del medio utilizado para llevarlo a cabo (correo electrónico, mensajería, comunicaciones telefónicas, difusión de contenidos digitales sexuales, humillantes o vejatorios para el trabajador), incluso más allá del ámbito estrictamente laboral[11].

3.1.1.3. La posible exoneración de la responsabilidad administrativa de la empresa

Con carácter general, la imputación de responsabilidad al empresario por los incumplimientos en materia de relaciones individuales de trabajo está unida a su posición de contraparte en el

[10] Yagüe Blanco, S.: "Convenio núm. 190 de la OIT…", ob. cit., p. 530.

[11] Pons Carmena, M.: "Aproximación a los nuevos conceptos…", ob. cit., p. 55; Yagüe Blanco, S.: "Convenio núm. 190 de la OIT…", ob. cit., p. 533.

contrato de trabajo. El empresario es el deudor de una serie de obligaciones jurídicas que, en caso de incumplimiento, determinan la imputación de una infracción administrativa y su correspondiente sanción. En estos casos, por lógica, existe una coincidencia entre el autor necesario del incumplimiento y el sujeto responsable del mismo[12]. Por ello, y pese la vigencia del principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador[13] —que, no obstante, la LISOS obvia en la configuración legal de la infracción administrativa[14]— se viene aplicando una suerte de responsabilidad objetiva o de resultado, de manera que la mera inobservancia de la norma y la constatación del ilícito administrativo determina que surja la responsabilidad, que solo decae, por la acreditación de la actuación diligente del sujeto imputado[15] o la demostración de la existencia de error que justifique su actuación[16].

Evidentemente, en los casos en que el empleador o la persona que ejerce las funciones inherentes a la empresa sea el autor del acoso sexual[17] nos encontramos en esta misma situación. Es más, si así ocurre, acreditada la conducta, difícilmente podrá probarse que no hubo culpabilidad, pues la doble consideración objetiva subjetiva del acoso sexual implica que, o bien la conducta en sí es lo suficientemente grave y no cabe exculpar al autor en base a su desconocimiento, o bien que, tratándose se conductas "socialmente toleradas", las mismas se han mantenido en el tiempo, pese que se ha dado a conocer que resultan ofensivas[18]. Sin embargo, como hemos visto anteriormente, la empresa puede ser imputada por actos de terceros y entonces se disocia la autoría de la infracción y la imputación de la responsabilidad que conlleva. Esta situación ha llevado a plantearse en qué medida puede la empresa exonerarse de responsabilidad una vez se ha constatado la existencia de una conducta de acoso sexual en su ámbito de dirección y control[19].

Pues bien, la consideración de la culpabilidad debe permitir la exención de la responsabilidad cuando la empresa acredite que puso todos los medios para evitar el resultado. Deberá por tanto concurrir culpa o negligencia para poder sancionar. En este sentido, los criterios que deben seguirse son, a mi juicio, los mismos que sirven para determinar la responsabilidad civil de la empresa por los actos cometidos por sus empleados. En consecuencia, deberán valorarse parámetros correctores de la responsabilidad empresarial como la adopción por parte de la empresa de un plan de prevención eficaz del acoso sexual en el ámbito de la empresa y la contundente sanción de las conductas una vez producidas. Asimismo, so pena de entender como siempre necesaria la denuncia por parte de

[12] Sobre el tema Valverde Asencio, A.J.: *La responsabilidad administrativa del empresario en la relación laboral*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 2010 y ss.

[13] En un primer momento la jurisprudencia admitió la existencia de una responsabilidad objetiva que determinaba la aplicación por la mera inobservancia de la norma, sin tener a estos efectos en cuenta la intencionalidad o el error en la conducta del sujeto infractor, diferenciando claramente en este sentido el derecho administrativo sancionador y el derecho penal. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha negado que pueda obviarse el principio de culpabilidad en relación con el derecho sancionador administrativo en cuanto que manifestación del *ius puniendi* del Estado en favor de una responsabilidad objetiva que sería inadmisible en nuestro ordenamiento (STC 76/1990, de 26 de abril), lo que ha ido dando lugar a una jurisprudencia en materia de infracciones laborales en las que niega la responsabilidad objetiva y asume el principio de culpabilidad, si bien con perfiles distintos a los del derecho penal. Ambas líneas jurisprudenciales son expuestas en Duréndez Sáez, I.: *La sanción administrativa en el orden laboral*, Murcia, Universidad de Murcia, 2006, pp. 289 y ss.

[14] Rodríguez Escanciano, S.: "La potestad sancionadora de la Administración en el ámbito laboral", *Documentación Administrativa*, núm. 282283, 2009, p. 209.

[15] STS (CA) de 22 de noviembre de 1996, Rec. 7484/1992

[16] En este sentido, por ejemplo, la STS (CA) de 11 de julio de 1997, Rec. 2966/1991

[17] Sobre la justificación para imputar la infracción administrativa cuando derive de las acciones u omisiones de quien ejerce de forma inmediata las facultades directivas Valverde Asencio, A.J.: *La responsabilidad administrativa…*, ob. cit., pp. 220 y ss.

[18] Sobre la doble consideración objetivosubjetiva del acoso sexual *vid.* Altés Tárrega, J.A.: *El acoso sexual…*, ob. cit., pp. 116 y ss.

[19] Altés Tárrega, J.A.: *El acoso sexual…*, ob. cit., pp. 341 y ss.

la víctima, deberá sopesarse las posibilidades que tuvo la empresa de conocer la existencia de una conducta ilícita para actuar frente a ella.

Por otro lado, la doctrina ha defendido que, cuando el acoso sexual se produce en el ámbito de dirección y control de dos o más empresas, existiendo un uso fraudulento de los fenómenos de descentralización productiva o una incorrecta utilización de los poderes empresariales correspondientes, la responsabilidad debe extenderse solidariamente a las otras empresas con trabajadores involucrados en el acto ilícito[20]. Probablemente, se esté pensando en la atribución de responsabilidad solidaria que la normativa sobre prevención de riesgos laborales impone en estos supuestos, conforme al arts. 42.3 LISOS. Sin embargo, creo que dicha responsabilidad solidaria sólo es factible cuando la ley lo establezca expresamente, sin que pueda ampliarse a otros supuestos. Para poder sancionar debe existir culpa o negligencia, lo que impide imponer condenas solidarias sin probar la concurrencia de uno de estos requisitos. Además, la infracción tipificada debe permitir abrir expediente sancionatorio a ambas empresas. En este sentido, en primer lugar, la atribución de responsabilidad administrativa a la empresa usuaria o principal en cuyas dependencias se comete el acoso sexual queda suficientemente amparada por la norma. Al mismo tiempo, la amplia concepción de la sancionabilidad del precepto antes señalada permite, sin retorcer el espíritu de la norma, concretar una sanción a la empresa, sujeta titular de uno o ambos de los sujetos presentes en el acoso sexual, aunque éste no se haya llevado a cabo en su entorno empresarial. La razón estriba en que, si bien el espacio físico donde se perpetra el ilícito no es de su propiedad, el hecho simplemente de que trabajadores suyos presten servicios en él implica que hasta allí alcanza su ámbito de control y dirección por lo que el supuesto de hecho queda enmarcado en la configuración del tipo del art. 8.13. LISOS.

3.1.2. La infracción por acosos discriminatorios

La actuación sucesiva de la Ley 62/2003 y de la Ley Orgánica 3/2007 trajeron consigo la adición de un apartado 13bis al art. 8 LISOS, que configura como infracción muy grave *"el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual y el acoso por razón de sexo, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo"*. Pues bien, en relación con esta infracción aparece la primera disfunción provocada por la Ley 15/2022. Esta norma, que recordemos se aplica al ámbito de las relaciones laborales, amplía notablemente los motivos de discriminación y, por tanto, los del acoso discriminatorio. Efectivamente, en el art. 2.1 se señala que "*nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social"*; y en el 6.4 que "*constituye acoso, a los efectos de esta ley, cualquier conducta realizada por razón de alguna de las causas de discriminación previstas en la misma, con el objetivo o la consecuencia de atentar contra la dignidad de una persona o grupo en que se integra y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo*". Sin embargo, ante la contundente derivación establecida en el art. 46 en materia de infracciones y sanciones en el orden social a la regulación de la LISOS, difícilmente puede mantenerse una interpretación integradora que permita incluir los nuevos motivos de discriminación en el art. 8.13bis o entender que los acosos laborales por estos nuevos motivos son sancionables en atención al art. 47.4.b de la Ley 15/2022 que considera infracciones muy graves "*las conductas de acoso discriminatorio reguladas en el artículo 6"*. Resulta desconcertante que la norma no haya previsto esta situación, cuando es precisamente en el entorno de trabajo donde se producen con mayor frecuencia comportamientos de acoso, dando lugar a una

[20] Sánchez E. y Larrauri, E.: *El nuevo delito de acoso sexual…*, ob. cit., p. 62.

infraprotección respecto de otros ámbitos que hasta ahora no tenían un régimen de infracciones y sanciones propio.

Por lo demás, como puede observarse la regulación del precepto es, en gran medida, similar a la que recibe la infracción por acoso sexual en la empresa anteriormente analizada, por lo que son trasladables a estos supuestos las conclusiones alcanzadas en relación al mismo.

No obstante, existe una drástica diferencia entre una infracción y otra, ya que ahora para que nazca la sanción es necesario que el empresario no sólo conozca los hechos, sino que, además, no actúe contra ellos.

Se trata de un añadido discutible que trae a la luz un entendimiento del acoso laboral que provoca no pocas distorsiones en relación con su persecución y cuyo alcance debe delimitarse claramente para evitar un mal mayor.

Así, en primer lugar, aunque sea obvio, no hay que dejar de significar que esta causa de exoneración sólo entra en juego cuando el autor del ilícito es un sujeto distinto al empresario o persona que ejerce el poder de dirección inherente a la empresa. No cabe entender que se esté poniendo a la víctima en la situación de comunicar en todo caso al empresario agresor que su conducta es indeseada[21]. Por tanto, sólo en los supuestos en que la autoría corresponde a un tercero será exigible que la conducta sea denunciada ante la empresa para que su inactividad perfeccione el tipo infractor.

En segundo lugar, este requisito solo es exigible en relación a esta concreta infracción y no puede extenderse a otros supuestos de responsabilidad empresarial. Me refiero, obviamente, a la ya analizada infracción por acoso sexual, pero también a las posibles sanciones por la falta de adopción de medidas preventivas. Respecto de la primera hay que señalar que en el momento de integrar esta infracción el legislador no opto por modificar el art. 8.13 LISOS, por lo que parece que se pretendió establecer un régimen jurídico diferenciado en cuanto al alcance de la infracción, seguramente en el entendimiento de que los acosos discriminatorios son menos graves que el acoso sexual. En este sentido, hay que recordar que, a la hora de determinar la responsabilidad laboralcivil de la empresa, no se exige este conocimiento fehaciente de la conducta a través de una denuncia formal para que la empresa actúe frente al acoso sexual. Cuando el Tribunal Constitucional ha intervenido vía recurso de amparo en relación con la responsabilidad de la empresa por acoso sexual, ha considerado que no es necesaria una denuncia de los hechos, bastando un mínimo conocimiento de los mismos. Así, en la STC 250/2007, de 17 de diciembre, se establece, en relación con las agresiones sexuales y requerimientos que sufrió una trabajadora en el barco en el que prestaba sus servicios, que, "*constando como hecho probado que las agresiones sexuales y requerimientos «eran conocidas en el barco», no resulta razonable deducir que tal conocimiento se constriñó a los trabajadores del buque y que no alcanzó a ningún responsable empresarial*", por lo que no puede eximirse su responsabilidad. En esta misma línea la STC 74/2007, de 16 de abril, sí eximió a una empresa de responsabilidad por el acoso moral cometido por un trabajador, jefe directo de la víctima, al no acreditarse que la empresa tuviera, "*si no pleno conocimiento, al menos una sospecha fundada de esos comportamientos y, advertidos, al menos los alentara pasivamente al no impedirlos*".

La responsabilidad civil y, por ende, administrativa de la empresa no se exonera por el hecho de no conocer de la conducta, sino que deberá demostrarse que la falta de conocimiento no le es imputable y que se adoptaron las medidas preventivas adecuadas. En este sentido, desde luego, hubiese sido preferible que se configurara la infracción por la comisión de un acoso discriminatorio de forma similar, determinando la culpabilidad desde un patrón de responsabilidad subjetiva, tomando

[21] Altés Tárrega, J.A.: *El acoso del trabajador…*, ob. cit., pp. 27 y 28.

como referencia la existencia y el grado de responsabilidad de la empresa y las posibilidades que tuvo la empresa para conocer la conducta y actuar frente a ella[22].

Por lo demás, incidiendo más en el elemento preventivo al que se acaba de hacer referencia y conectando con la segunda idea que pretendo exponer en cuanto a la limitación de esta causa de exoneración, coincido en la crítica hecha por otros autores a la mencionada doctrina del constitucional por relajar en exceso el deber preventivo del empleador[23]. Efectivamente, aunque sobre esta cuestión volveré más adelante, baste señalar aquí que sería un error y un grave retroceso llegar a entender que, en materia de prevención de violencia y acoso, la empresa cumple cuando, conocidas estas conductas, actúa frente a las mismas, excluyéndose la responsabilidad empresarial por actuaciones de terceros sin denuncia de los hechos.

3.1.3. Otras infracciones laborales en relación con la violencia y el acoso

Como se ha señalado, frente a la concepción omnicomprensiva de la violencia y el acoso en el Convenio 190 OIT, en la LISOS sólo aparecen expresamente mencionados el acoso sexual y los acosos discriminatorios, lo que no impide que otras manifestaciones de estos comportamientos puedan adherirse a algunas de las infracciones recogidas en dicho texto normativo.

De esta manera, en primer lugar, debemos referirnos al denominado acoso laboral, acoso moral en el trabajo o *mobbing* en su acepción inglesa. Este tipo de acoso, cuyas manifestaciones y efectos sobre los trabajadores se pusieron a la luz en estudios prácticamente coetáneos a los que sacaron a la luz el acoso sexual en el trabajo, continua sin tener en España, y en otros muchos países, una regulación expresa en el ámbito laboral y tampoco se recoge como una infracción administrativa. Sí se regula en cambio en el orden penal. El Código Penal recoge en el art. 173 un delito específico por estos comportamientos desde la reforma de la Ley Penal en 2010 (Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)[24]. La ausencia de una regulación laboral ha determinado que, partiendo de su consideración como un atentado contra la dignidad de la persona en el trabajo (art. 4.2.e ET[25]), su formulación jurídica y su persecución se haya ido perfilando desde los tribunales y que le hayan sido de aplicación muchas de las medidas establecidas en relación con los acosos expresamente recogidos, minimizando de esta manera este déficit de regulación. En este sentido, el acoso en el trabajo se refiere a los ataques sistemáticos contra la dignidad de la persona, a la tortura psicológica y al hostigamiento moral que sufren los trabajadores en su entorno de trabajo, por actos cometidos por el empresario o por sus propios compañeros de trabajo, siendo ese carácter sistemático, que se manifiesta en la reiteración de los ataques, lo que lo diferencia del conflicto laboral puntual que puede surgir fruto de las tensiones que se generan en una relación laboral. Como señala el Tribunal Constitucional (STC 56/2019, de 6 de mayo), el acoso laboral "*engloba situaciones o conductas muy diversas de estrés laboral que tienen de común que, por su reiteración en el tiempo, su carácter degradante de las condiciones del trabajo o la hostilidad que conllevan, tienen por finalidad o como resultado atentar o poner en peligro la integridad personal del empleado*".

Pues bien, pese a la ausencia de un tipo infractor expreso, estos ilícitos pueden integrarse en el recogido en el art. 8.11 LISOS que considera infracción muy grave "*los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y la consideración debida a la dignidad de los*

[22] Altés Tárrega, J.A.: *El acoso del trabajador*…, p. 78.

[23] Molina Navarrete, C.: "Redes sociales digitales y gestión de riesgos profesionales: prevenir el ciberacoso sexual en el trabajo, entre la obligación y el desafío" [en línea], *Diario la Ley*, núm. 9452, 2019, pp. 13/19 y 14/19.

[24] Sobre la configuración de dicho delito y los problemas que plantea desde una perspectiva laboral me remito a Altés Tárrega, J.A.: "La represión penal del acoso en el trabajo", *Labos*, vol. 2, núm. 1, 2021, pp. 4367.

[25] En función de las circunstancias el *mobbing* puede asimismo implicar una vulneración del derecho a la ocupación efectiva (art. 4.2.a ET) o una discriminación para el empleo (art. 4.2.c ET).

trabajadores"[26]. El mayor problema derivado de este precepto ya ha salido a colación anteriormente. Al referirse a actos del empresario deja fuera de su ámbito de aplicación los posibles actos de acoso moral o *mobbing* llevados a cabo por terceros en el ámbito de dirección y control de la empresa, lo que implica una exención de responsabilidad administrativa respecto de dichas conductas.

En segundo lugar, el art. 8.11 LISOS permitiría integrar otras manifestaciones de violencia en el trabajo que no se manifiestan mediante conductas de acoso, en tanto en que constituyen un atentado contra la dignidad del trabajador, como ciertas conductas de violencia verbal o física en el trabajo.

En tercer lugar, hay que tener igualmente en cuenta que el art.7.10 LISOS establece que constituyen una infracción grave "(…) *los actos u omisiones que fueren contrarios a los derechos de los trabajadores reconocidos en el artículo 4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, salvo que proceda su calificación como muy graves, de acuerdo con el artículo siguiente"*. Así, se extiende la protección a otros actos de violencia y acoso de menor gravedad, como pueden ser algunos supuestos de acoso ambiental. Está será, de todas maneras, la gravedad mínima con que puedan calificarse estas conductas, que no podrán entenderse en ningún caso como leves[27].

3.1.4. Las sanciones aplicables y su graduación

De acuerdo con lo expuesto en los apartados precedentes, las sanciones aplicables a las conductas de acoso serán las dispuestas para las infracciones graves, esto es "*con multa, en su grado mínimo, de 751 a 1.500 euros, en su grado medio de 1.501 a 3.750 euros; y en su grado máximo de 3.751 a 7.500 euros"* (art. 40.1b LISOS); y para las muy graves: "*multa, en su grado mínimo, de 7.501 a 30.000 euros; en su grado medio de 30.001 a 120.005 euros; y en su grado máximo de 120.006 euros a 225.018 euros*" (art. 40.1.c LISOS).

Antes de comentar como se aplican estas cuantías, quiero dejar constancia de la que a mi juicio constituye la otra gran disfunción provocada por la Ley 15/2022, pues esta norma determina para las infracciones por discriminación sumas más altas que la LISOS. En particular, para las infracciones muy graves, entre las que se encuentra el acoso discriminatorio, se prevén multas, "*en su grado mínimo, de 40.001 a 100.000 euros; en su grado medio, de 100.001 a 200.000 euros; y en su grado máximo de 200.001 a 500.000 euros"* (art. 48). De nuevo se crea una desigualdad en relación con otros ámbitos de aplicación de la norma que carece de sentido, sobre todo si se tiene en cuenta que, seguramente, el ámbito de las relaciones laborales puede considerarse en muchos aspectos pionero en la protección de la igualdad y no discriminación.

Dicho esto, y continuando con lo establecido en la LISOS, la aplicación del grado concreto en cada caso va a depender de cual haya sido el comportamiento del empresario hacia la conducta. Como establece el art. 39.2 LISOS, "*las sanciones se graduarán en atención a la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, fraude o conveniencia, incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección, cifra de negocios de la empresa, número de trabajadores o de beneficiarios afectados en su caso, perjuicio causado y cantidad defraudada, como circunstancias que puedan agravar o atenuar la graduación a aplicar a la infracción cometida*". Al respecto, no hay

[26] Así lo viene entendiendo pacíficamente la doctrina. En este sentido, por ejemplo, Velázquez Fernández, M.: "Las posibilidades de actuación de la Inspección de Trabajo frente al acoso moral o *mobbing*", *Lan Harremank*, núm. 7, 2002, p. 162; Salvador Concepción, R.: *Defensa contra el acoso psicológico en el trabajo. Principales Cuestiones y Controversias,* Madrid, Dykinson, 2016, pp. 7376.

[27] Comparto en este sentido la opinión de la doctrina especializada, trasladándola al ámbito de la potestad sancionadora, que niega la posibilidad de calificar el acoso como una infracción laboral leve. En este sentido López Rubia, M.: "Los protocolos de acoso sexual y acoso por razón de sexo", en Pedrosa alquezar, S.I. (Coord.) *et al*: *Diseño e implementación de planes de igualdad en las empresas*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2020, p. 591.

que dejar de mencionar que durante mucho tiempo se mantuvo que el principio de culpabilidad jugaba exclusivamente en relación con la graduación de las sanciones[28].

En este sentido, entiendo que, cuando el acoso haya sido cometido por el empresario o por uno de sus representantes, la sanción vendrá impuesta casi siempre en el mayor de sus grados, aunque deberá tenerse en cuenta la gravedad del acoso. Sin embargo, cuando el acoso haya sido cometido por un trabajador debe valorarse para graduar la sanción la actitud del empresario ante el ilícito y la conducta observada en el caso específico[29]. Parece lógico entender que si el empresario tuvo una conducta pasiva frente al acoso deberá ser sancionado con mayor fuerza que si actuó para poner fin a la situación.

Además, la LISOS establece unas responsabilidades empresariales específicas cuando se cometen las infracciones señaladas en los artículos 8.12, 8.13 y 8.13*bis* LISOS, es decir las relacionadas con la discriminación y el acoso. Así, de acuerdo con el art. 46*bis*.1 LISOS las empresas perderán automáticamente y proporcionalmente al número de trabajadores afectados por la infracción cualquier ayuda y beneficio derivado de los programas de fomento de empleo desde la fecha de la infracción (a) y hasta por un periodo de seis meses a dos años desde la fecha de la resolución que impone la sanción (b).

Además, en los casos de acoso sexual y acoso discriminatorio, la empresa no podrá conmutar estas sanciones por la realización de un plan de igualdad en los términos del art. 46*bis*.2 LISOS, ya que esta posibilidad sólo se permite en caso de las infracciones tipificadas en los arts. 8.12 y 16.2 LISOS.

3.2. Infracciones en materia de salud laboral

Hoy en día está absolutamente asumido que la violencia y el acoso en el trabajo constituyen riesgos laborales encuadrados en los denominados riesgos psicosociales[30].

De hecho, la conexión entre el acoso en el trabajo y la salud laboral ha estado muy presente desde los primeros estudios que profundizaron en estos comportamientos y su repercusión en los entornos de trabajo. Así, por lo que respecta a nuestro país, la doctrina de finales de los años 90 y comienzo del nuevo siglo ya defendía que, en tanto que los daños físicos y morales que se derivan del acoso repercuten sobre la salud laboral del trabajador debían ser considerados como riesgos profesionales[31],

[28] Por ejemplo, Blasco Pellicer, A.: *Sanciones administrativas en el orden social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 32.

[29] *Vid.* Del Rey Guanter, S.: "Acoso sexual…", ob. cit., p. 108; y Lousada Arochena, J.F.: *El derecho de los…*, ob. cit., p. 260.

[30] En 1984 la OIT dio a conocer un informe sobre los factores psicosociales en el trabajo, determinando que los mismos consisten en "interacciones entre el trabajo, su medio ambiente, la satisfacción en el trabajo y las condiciones de su organización, por una parte, y por la otra, las capacidades del trabajador, sus necesidades, su cultura y su situación personal fuera del trabajo, todo lo cual, a través de percepciones y experiencias, pueden influir en la salud y en el rendimiento y la satisfacción en el trabajo" -OIT, *Factores Psicosociales en el Trabajo: Naturaleza, incidencia y prevención. Informe del Comité Mixto OIT-OMS sobre Medicina del Trabajo, novena reunión Ginebra, 18-24 de septiembre de 1984*, Ginebra, 1984. En España, la primera referencia legal a este tipo de riesgos se encuentra en los arts. 34 a 37 del Real Decreto 39/1997 de los Servicios de Prevención, donde aparecen como parte del contenido mínimo del programa de formación de los técnicos en prevención de nivel medio y superior. Sobre la evolución de este tipo de riesgos véase Moreno Jiménez, B.: "Factores y riesgos laborales psicosociales: conceptualización, historia y cambios actuales", *Medicina y Seguridad en el Trabajo*, núm. 57, 2011, pp. 4-19.

[31] Aunque en el derecho comparado hay estudios anteriores en esta línea, entre la doctrina española, se puede mencionar a Pérez Del Río, T.: "El acoso sexual en el trabajo. Su sanción en el orden social", *Relaciones Laborales*, núm. 17, 1990, p. 35; De Castro Fernández, L.: "O acoso sexual...", ob. cit., pp. 75 y 76; Escudero Rodríguez, R. "El acoso sexual...", ob. cit. p. 474; Lousada Arochena, J.F.: *El derecho de los...,* ob. cit., pp. 151 y 152; De Vicente

por lo que, si no se preveían debían aplicarse las sanciones previstas para el incumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, aun sin un tipo infractor específico[32]. Sin embargo, lo cierto es que la ausencia de referencias expresas a estos riesgos en la normativa hacía que, en la práctica, fuera muy difícil imponer sanciones por estos comportamientos, como parte de la doctrina[33] y la propia institución de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social advertían[34].

Sin embargo, en los años siguientes esta consideración fue cambiando al compás que, desde distintas instancias nacionales e internacionales, se acentuaba la correlación entre prevención de riesgos laborales y violencia y acoso en el trabajo. En este sentido, la OIT en un Informe de 2003 adoptaba la lógica de la prevención de riesgos para combatir la violencia y el acoso en el trabajo[35]; y, en el ámbito de la Unión Europea, se aprobó el *Acuerdo marco sobre el acoso y la violencia en el trabajo*, de 26 de abril de 2007[36], que en relación con el deber de protección se remite a la Directiva Marco 89/391/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo.

En España la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI) se convertía en la primera norma en obligar a las empresas a adoptar medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo, si bien, tanto esta Ley, como el Acuerdo Marco UE se refieren fundamentalmente a los sistemas de gestión internos de las quejas y denuncias por acoso en la empresa: los conocidos protocolos de acoso, que son medidas reactivas que se ponen en marcha cuando se han perfeccionado estas conductas.

Esta perspectiva preventiva se acabó de imponer en la UE con la Comunicación de la Comisión Europea de 10 de enero de 2017 sobre Trabajo más Seguro y Saludable para todos ― Modernización de le legislación y las políticas de la UE de salud y seguridad en el trabajo [COM(2017)12]. En ella, tras repasar las distintas opciones legislativas en esta materia de los estados miembros, se ha venido a señalar que, pese a la ausencia de referencias expresa en la mayoría de las normativas nacionales, "de conformidad con las disposiciones existentes a nivel de la UE, la empresa está obligada a proteger a los trabajadores contra los riesgos psicosociales y que estos riesgos deben tenerse debidamente en cuenta en el proceso de evaluación del riesgo".

Pachés, F. *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad,* Madrid, CES, 1998, p. 218; Cabeza Pereiro, J. y Lousada Arochena, J. F.: "El acoso sexual como riesgo laboral. STSJ 24 enero 2000 (AS 2000, 60), *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 1, 2000, pp. 2893-2897; y Pérez Del Rio, M. T. y Ballester Pastor, M.A.: *Mujer y salud laboral*, Madrid, La LeyActualidad, 2000, pp. 106 y ss.

[32] Pérez Del Río, T.: "El acoso sexual en el trabajo...", ob. cit., p 35; Cabeza Pereiro, J. y Lousada Arochena, J.F.: "El acoso sexual como riesgo laboral…", ob. cit.; y Nevado Fernández, M.J.: *El ejercicio del derecho al honor (por el trabajador) en el contrato*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 68.

[33] Altés Tárrega, J.A.: *El acoso sexual en…*, ob. cit., pp. 173 y ss.

[34] En este sentido, la Dirección General de Inspección de Trabajo y Seguridad Social advertía en su *Criterio Técnico 34/2003 sobre "mobbing" (acoso psicológico o moral)*, que "en tanto no se modifique la situación legislativa actual en España, bien por la adopción de iniciativas legislativas propias, bien en el marco de lo que se establezca en el ámbito europeo, las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en esta materia deben de practicarse en referencia a lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores, salvo supuestos muy excepcionales en los que pudiera aplicarse el artículo 13.4 de la LISOS, por infracción muy grave en materia de prevención de riesgos laborales". No obstante, en el cuerpo de inspectores había opiniones discrepantes con esta visión que defendían la aplicación de la normativa sobre riesgos laborales a las situaciones de *mobbing* —Velázquez Fernández, M.; "Las posibilidades de actuación de la Inspección de Trabajo frente al acoso moral o *mobbing*", *Lan Harremank*, núm. 7, 2002, pp. 155170.

[35] OIT: *Repertorio de recomendaciones prácticas sobre la violencia en el lugar de trabajo en el sector de los servicios y medidas para combatirla*, aprobado en Ginebra en la reunión del 8 al 15 de octubre de 2003

[36] Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo por la que se transmite el acuerdo marco europeo sobre el acoso y la violencia en el trabajo /COM/2007/0686final

De igual manera se entiende que nuestra LPRL, aun sin mencionarlos, da cobertura a los riesgos psicosociales y los incluye en el amplio deber de seguridad del empresario (art. 14 LPRL), por lo que, asume la obligación, entre otras de "*evaluar los riesgos que no se puedan evitar*" (art. 15.1.b LPRL), lo que incluye la preceptiva evaluación de los riesgos psicosociales sobre la totalidad de los puestos de trabajo. Debe tenerse en cuenta al respecto que el art. 4.7 (LPRL) define "*condición de trabajo*" como cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador; y que quedan específicamente incluidas en esta definición (letra d) "*todas aquellas otras características del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación, que influyan en la magnitud de los riesgos a que esté expuesto el trabajador*". Pues bien, la organización, el contenido del trabajo y la propia manera en que se realiza la prestación pueden afectar tanto al bienestar o a la salud (física, psíquica o social) del trabajador, como al desarrollo del trabajo. Trabajar en condiciones psicosociales desfavorables propician la aparición de conductas y actitudes inadecuadas en el desarrollo del trabajo y repercuten perjudicialmente en la salud y el bienestar del trabajador[37]. Además, el art. 12.2 LPRL establece el deber empresarial de "*garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo*", por lo que se incluyen este tipo de riesgos con trascendencia sobre la psique del trabajador.

El Convenio 190 OIT se sitúa en esta misma línea. Es más, esta norma se construye desde el punto de vista preventivo[38], considerando la violencia y el acoso como conductas que tienen "*por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico*" (art. 1.1.a), es decir, que afectan negativamente a la salud en el trabajo, entendido el concepto de salud en un sentido amplio en consonancia con la definición que la OMS ofrece del mismo y que deben erradicarse para conseguir como fin último "*respetar, promover y asegurar el disfrute del derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso*" (art. 4.1). Así, se exige en el art. 9 a todo miembro "*adoptar una legislación que exija a los empleadores tomar medidas apropiadas y acordes con su grado de control para prevenir la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, incluidos la violencia y el acoso por razón de género, en particular, en la medida en que sea razonable y factible:*

a) adoptar y aplicar, en consulta con los trabajadores y sus representantes, una política del lugar de trabajo relativa a la violencia y el acoso;

b) tener en cuenta la violencia y el acoso, así como los riesgos psicosociales asociados, en la gestión de la seguridad y salud en el trabajo;

c) identificar los peligros y evaluar los riesgos de violencia y acoso, con participación de los trabajadores y sus representantes, y adoptar medidas para prevenir y controlar dichos peligros y riesgos, y

d) proporcionar a los trabajadores y otras personas concernidas, en forma accesible, según proceda, información y capacitación acerca de los peligros y riesgos de violencia y acoso identificados, y sobre las medidas de prevención y protección correspondientes, inclusive sobre los derechos y responsabilidades de los trabajadores y otras personas concernidas en relación con la aplicación de la política mencionada en el apartado a) del presente artículo".

[37] INSST NTP 443: Factores psicosociales: metodología de evaluación.

[38] Como señala Pons Carmena, "desde la propia Exposición de motivos del Convenio hasta el último párrafo de la Recomendación, son numerosísimas las indicaciones que se muestran sobre la intención primaria de la normativa y las razones prioritarias que justifican su adopción" -cfr. "Aproximación a los nuevos conceptos…", ob. cit., p. 39.

La adhesión al Convenio 190 por parte de España no tiene especial trascendencia en términos sustantivos para la normativa de prevención de riesgos laborales, pues todas estas medidas están integradas en la misma, pero debe ayudar a superar el déficit que implica la ausencia de mención de los riesgos psicosociales, ya que deberá incluirse expresamente en la misma la protección frente a estos riesgos y, específicamente, frente a la violencia y el acoso, así como crear normas que desarrollen como deberá llevarse a cabo esta protección[39].

Desde esta lógica preventiva, el empresario incumple sus obligaciones por el mero hecho de no prevenir posibles comportamientos de violencia y acoso, aun sin que se concreten, si existe riesgo de que ocurran, como asumió la Inspección de Trabajo en un nuevo Criterio Técnico sobre la violencia y el acoso en el trabajo del año 2009[40].

Sin embargo, el problema de la violencia y el acoso en el trabajo ha venido adoleciendo de la atención necesaria desde un punto de vista jurídico y, por tanto, de las medidas y respuestas adecuadas tanto desde el punto de vista de la seguridad y salud en el trabajo como desde otros ámbitos a los que trasciende[41].

La ausencia de una conceptualización clara en la normativa de los riesgos psicosociales deriva en una deficiencia aplicativa efectiva en el plano empresarial y en su control administrativo y judicial[42]. Por ello, las decisiones judiciales, centradas especialmente en casos de acoso, no siguen siempre estos criterios.

Así, aunque la conexión entre la violencia y el acoso y la salud laboral se asumió tempranamente, calificando las consecuencias de estos comportamientos como accidentes de trabajo (STSJ Navarra de 30 de abril de 2001, Rec. 148/2001[43]), no existe un criterio unitario en la doctrina judicial. Junto con sentencias que optan por aplicar la lógica preventiva de la LPRL y asumen que "*la deuda de seguridad de la empresa con sus trabajadores no se agota en la protección frente a los riesgos objetivos del puesto de trabajo, sino que obliga también a prevenir los riesgos específicos derivados de las características o estado de salud de la persona que lo ocupa, en garantía de su derecho a un nivel de protección adecuado y eficaz en materia de salud y seguridad en el trabajo, con el correlativo deber del empresario de garantizarlo, con una atención y protección específicas*" (STSJ País Vasco, de 20 de febrero de 2007, Rec. 2742/2006), otras se alejan de estos postulados. Los riesgos psicosociales, al estar ligados a factores personales, no pueden prevenirse, por lo que el empresario cumple cuando, una vez conocidos, actúa frente a ellos, lo que impide que se deriven responsabilidades laborales o administrativas cuando no se tiene conocimiento de los mismos.

[39] En el mismo sentido, Molina Navarrete, C.: *El ciberacoso en el trabajo. Cómo identificarlo, prevenirlo y erradicarlo en las empresas,* Las Rozas (Madrid), Wolters Kluwer, 2019, pp. 422 y ss.

[40] DIRECCIÓN GENERAL DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL: *Criterio Técnico 69/2009 sobre las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de acoso y violencia en el trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2009.

[41] Ramos Quintana, M. I.: "Actos de violencia y estrés en el trabajo: análisis jurídico y marco europeo de prevención y protección", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 421, 2018, p. 25.

[42] En este mismo sentido Molina Navarrete, C.: "El recargo de prestaciones por infracción del deber de evaluar los riesgos psicosociales: la doctrina judicial hace «justicia disuasoria». Comentario a la STSJ, Sala Social, Cataluña, 14 de septiembre de 2010" [en línea], *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 89, 2011, p. 3/9 y 4/9.

[43] Siguen esa doctrina, entre otras, la STSJ Navarra de 18 de mayo de 2001, Rec. 134/2001; STSJ Navarra de 15 de junio de 2001, Rec. 220/2001; STSJ País Vasco, de 27 de junio de 2003, Rec. 1320/2003; STSJ Cataluña de 11 de abril de 2008, Rec. 8592/2006; STSJ Cataluña de 22 de octubre de 2013, Rec. 7237/2012; STSJ Galicia de 26 de mayo de 2017, Rec. 4887/2016; STSJ CastillaLa Mancha de 13 de diciembre de 2021, Rec. 1892/2020; STSJ Castilla y León, de 14 de julio de 2021, Rec. 327/2021.

En este sentido, como ya se ha mencionado, la STC 74/2007, de 16 de abril y la STC 250/2007, de 17 de diciembre requieren para desplegar la responsabilidad de la empresa que esta tenga un mínimo conocimiento de la situación de acoso; y amparándose en esta doctrina, pero llegando a un posicionamiento aún más restrictivo, la STS de 15 de diciembre de 1988, Rec. 178/2008 resolvió que la responsabilidad de la empresa no puede basarse "*en los deberes de prevención de riesgos laborales que al empresario le impone la Ley 31/95, de 8 de noviembre, pues las obligaciones empresariales establecidas en los arts. 14 y 15 de dicha ley en materia de prevención de riesgos laborales, evaluación de riesgos, información, consulta y participación y formación de los trabajadores con el objeto de garantizar la seguridad y salud de éstos, se refieren al propio entorno laboral en la que desarrollan su trabajo, es decir, que habrá de hacerse de manera adaptada a las peculiaridades de cada centro de trabajo, a las particularidades de las personas que prestan en él sus servicios y a la concreta actividad laboral que realicen, pero en modo alguno puede abarcar la prevención en un ámbito tan cambiante e impredecible como es el campo de las relaciones humanas entre los trabajadores que coinciden, incluso por azar, en el desempeño de su cometido laboral*".

En otros supuestos se avanza algo más y se imponen responsabilidades cuando se producen estos comportamientos sin que el empresario haya previsto protocolos de actuación en la empresa para canalizar estos conflictos (STSJ País Vasco de 24 de mayo de 2011, Rec. 1003/2011), es decir, cuando se incumplen las medidas preventivas previstas en la LOI y en el *Acuerdo marco sobre el acoso y la violencia en el trabajo*, que, todo sea dicho, tienen un carácter más reactivo que preventivo.

Como he señalado anteriormente, esta concepción de la violencia y el acoso en el trabajo no puede mantenerse. Es evidente que la actuación de las organizaciones no se limita a establecer protocolos y actuar de forma reactiva, sino que tienen un auténtico deber preventivo respecto de estos riesgos, sin que a ello obste, como hemos visto, la ausencia de reconocimiento expreso en la normativa.

Así, hay que resaltar las decisiones judiciales que han venido siguiendo esta interpretación, como la antes mencionada STSJ País Vasco, de 20 de febrero de 2007, Rec. 2742/2006 o la contenida en la STSJ Cataluña, de 10 de julio de 2012, Rec. 5037/2011, confirmada por la STS de 4 de marzo de 2014, Rec. 788/2013, que valida el recargo de prestaciones derivado de la ausencia de medidas de seguridad que causaron daños psicofísicos a una trabajadora, al entender vulnerados los artículos 14.1 y 2 y 4.7 LPRL referido a las condiciones de trabajo que puedan tener influencia significativa en generar riesgos para la seguridad y salud del trabajador y, específicamente, las características del trabajo entre las cuales se incluyen las relativas a la organización y ordenación que incrementen o influyen los riesgos a los cuales esté expuesta la persona trabajadora, al quedar probado que la empresa no tomó ninguna medida de prevención adecuada en relación con los riesgos psicosociales. Igualmente, hay que aplaudir la iniciativa de la Inspección de Trabajo expresada en Criterio Técnico 104/2021, sobre actuaciones en riesgos psicosociales[44], que toma como punto de partida la gestión preventiva de estos riesgos de acuerdo con las disposiciones básicas de la LPRL y el Reglamento de los Servicios de Prevención (Real Decreto 39/1997, de 17 de enero), lo que a buen seguro incrementará el control previo de la violencia y el acoso en el trabajo y del resto de riesgos psicosociales, sin necesidad de que se perfeccionen estas conductas[45].

[44] DIRECCIÓN DEL ORGANISMO ESTATAL INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, *Criterio Técnico 104/2021, sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en riesgos Psicosociales*, Madrid. Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021.

[45] Sobre las medidas preventivas que, en materia de violencia y acoso, debe implementar la empresa en atención a la normativa actual Altés Tárrega, J.A. y Estardid Colom, F.: "Violencia y acoso en el trabajo: plasmación en las empresas y mecanismos de prevención", *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, núm. 101, 2022.

3.2.1. Infracciones por incumplimientos de la obligación de prevenir y evitar la violencia y el acoso en el trabajo

Llegados a este punto, no queda sino ratificar la posibilidad de sancionar administrativamente a las empresas que incumplan con la obligación preventiva de la violencia y el acoso, lo que en atención a los ya mencionados Criterios Técnicos 69/2009 y 104/2021 ITSS puede dar lugar a las siguientes infracciones.

En primer lugar, la empresa incurrirá en infracción grave cuando incumpla con la obligación de evaluación de estos riesgos o de revisar y controlar periódicamente las condiciones de trabajo y actividades que pueden generar violencia y acoso en el trabajo (art. 12.1.b LISOS).

Igualmente, se cometerá una infracción grave cuando, tras llevar a cabo la evaluación e identificación de los posibles riesgos que puedan derivar en situaciones de violencia y acoso en el trabajo, no se planifique la activad preventiva para eliminarlos (art. 12.6 LISOS).

Además, el incumplimiento de las obligaciones de información y formación a los trabajadores sobre los riesgos en el trabajo y sobre las medidas preventivas aplicables que recogen los artículos 18 y 19 LPRL que conectan, a su vez, con la obligación de llevar a cabo campañas informativas y acciones de formación em materia de acoso sexual y acoso por razón de sexo conforme al art. 48 LOI, conllevan una infracción grave (art. 12.8 LISOS)

En segundo lugar, junto con estas posibles infracciones de carácter puramente preventivo, la empresa puede incurrir en otras que se perfeccionan cuando se ha tenido, o debiera haberse tenido, conocimiento de una situación de violencia o acoso en el trabajo y no se actúa diligentemente, lo que conllevaría un incumplimiento por acción u omisión del art. 14.2 LPRL En este sentido, en el Criterio Técnico 69/2009 se pone como ejemplo de estos incumplimientos no implantar en las empresas los sistemas de tramitación de denuncias y resolución de conflictos. Estos mecanismos de intervención empresarial están previstos en nuestra legislación para los casos de acoso sexual y acoso por razón de sexo (art. 48 LOI), pero el Convenio 190 OIT los exige para todos los supuestos de violencia y acoso en el trabajo (art. 10). Estos incumplimientos darían lugar a una infracción leve, grave o muy grave, en función de que este incumplimiento carezca de trascendencia grave para la integridad física o la salud de los trabajadores (art. 11.4 LILOS), dicha trascendencia sea grave (art. 12.16 LISOS) o grave e inminente (art. 13.10 LISOS).

También, aunque el Criterio Técnico 69/2009 no lo señala, si se constata una situación de violencia y acoso y no se adoptan protocolos o no se toman medidas, poniendo a disposición de la víctima los servicios de prevención de la empresa; o cuando se toman de manera equivocada y se actúa sobre las condiciones de trabajo de la víctima, manteniéndola o adscribiéndola a puestos de trabajo incompatibles con sus circunstancias personales o con su estado o situación transitoria causada por la violencia y el acoso en el trabajo, se incumple el art. 25 LISOS[46] y se comete una infracción grave (art. 12.7 LISOS) o muy grave (art. 13.4 LISOS).

Sí se recoge, en cambio, la infracción que puede derivarse de la falta de investigación sobre las causas que han dado lugar a una situación de violencia y acoso que ha afectado a la salud del trabajador, conforme a los arts. 16.3 LPRL y 12.3 LISOS.

[46] Vallejo Costa, R.: Acoso sexual y acoso por razón de sexo: riesgos de especial incidencia en la mujer trabajadora", *Revista de la Asociación Estatal de Centros Universitarios de Relaciones Laborales y Ciencias del trabajo*, núm. 17, 2006, pp. 72 y 73; y Altés Tárrega, J.A.: El acoso del trabajador…, ob. cit., p. 56.

En tercer lugar, en los casos de violencia y acoso ocurridos en centros de trabajo con presencia de trabajadores autónomos o con trabajadores de distintos empresarios puede dar lugar a responsabilidades derivadas de la falta de cooperación y coordinación de riesgos laborales (art. 24 LPRL), subsumibles en las infracciones previstas en el art. 12.13 y 13.7 LISOS.

Las sanciones previstas para el incumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales se encuentran en el art. 40.2 LISOS y son las siguientes:

a) Las leves, en su grado mínimo, con multa de 45 a 485 euros; en su grado medio, de 486 a 975 euros; y en su grado máximo, de 976 a 2.450 euros.

b) Las graves con multa, en su grado mínimo, de 2.451 a 9.830 euros; en su grado medio, de 9.831 a 24.585 euros; y en su grado máximo, de 24.586 a 49.180 euros.

c) Las muy graves con multa, en su grado mínimo, de 49.181 a 196.745 euros; en su grado medio, de 196.746 a 491.865 euros; y en su grado máximo, de 491.866 a 983.736 euros

Como puede observarse las cuantías previstas para los distintos tramos de estas sanciones son notablemente más altos que para los equivalentes en materia de relaciones laborales, lo que tiene consecuencias en caso de concurrencia de infracciones.

3.2.2. El recargo de prestaciones por accidente de trabajo o enfermedad profesional

Aunque no se trata propiamente de una sanción administrativa, resulta conveniente hacer un apunte al recargo de prestaciones por accidente de trabajo o enfermedad profesional. La consideración de la violencia y el acoso como riesgos profesionales psicosociales y sus consecuencias sobre la salud como un accidente de trabajo posibilitan aplicar el recargo previsto en el art. 164 LGSS. De acuerdo con este precepto "*todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por ciento, cuando la lesión se produzca por equipos de trabajo o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo, o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador*". Estamos ante una figura a la que el Tribunal Supremo atribuye una naturaleza compleja que combina aspectos preventivos, sancionadores e indemnizatorios y cuya gestión se articula de manera prestacional (STS de 23 de mayo de 2015, Rec. 2057/2015).

Para que nazca el recargo ha de existir un accidente de trabajo o enfermedad profesional, un incumplimiento previo de las obligaciones preventivas del empresario y una relación causal entre dicho incumplimiento y el resultado lesivo. Teniendo en cuenta que el incumplimiento de la normativa preventiva se ha entendido en un sentido amplio, de manera que basta con el incumplimiento de la obligación general de seguridad (STS de 26 de marzo de 1999, Rec. 1727/1998), no deberían existir excesivos problemas a la hora de aplicar el recargo de prestaciones a las situaciones de violencia y acoso, como han hecho, por ejemplo, la STSJ Cataluña de 10 de julio de 2012, Rec. 5037/2011, la STS de 4 de marzo de 2014, Rec. 788/2013, conformando la anterior o la STSJ Galicia de 26 de mayo de 2017, Rec. 4887/2016[47]. Sin embargo, en muchas ocasiones este reconocimiento ha estado demasiado

[47] La doctrina especializada ha defendido la imposición del recargo de prestaciones en caso de acoso en base al incumplimiento del deber general de prevención. En este sentido Olarte Encabo, S.: "Acoso moral y enfermedades psicolaborales: un riesgo calificable de accidente de trabajo. Progresos y dificultades", *Temas laborales: Revista*

ligado a la existencia de una actuación reactiva de la empresa frente a la situación de acoso y/o al previo conocimiento de la violencia y el acoso, sin tener en cuenta la lógica preventiva que, como hemos dicho, debe imperar en esta materia[48].

3.2.3. La situación de riesgo grave e inminente de violencia y acoso

A modo de segundo apunte, quiero referirme ahora a las distintas reacciones que el ordenamiento jurídico otorga a las personas trabajadoras y a la Inspección de trabajo cuando existe un riesgo grave e inminente de violencia y acoso.

El art 10 del Convenio 190 OIT contiene dos previsiones específicas en relación con estos supuestos graves e inminentes. De esta manera, en el apartado g) prescribe que los Estados deberán "*garantizar que todo trabajador tenga el derecho de alejarse de una situación de trabajo sin sufrir represalias u otras consecuencias indebidas si tiene motivos razonables para considerar que ésta presenta un peligro grave e inminente para su vida, su salud o su seguridad a consecuencia de actos de violencia y acoso, así como el deber de informar de esta situación a la dirección*"; y, en el apartado h), que deberán "*velar por que la inspección del trabajo y otras autoridades pertinentes, cuando proceda, estén facultadas para actuar en caso de violencia y acoso en el mundo del trabajo, incluyendo el dictado de órdenes que requieran la adopción de medidas de aplicación inmediata, o que impongan la interrupción de la actividad laboral en caso de peligro inminente para la vida, la salud o la seguridad de los trabajadores, a reserva de cualquier recurso judicial o administrativo que pueda prescribir la legislación*".

Nuestro ordenamiento recoge estas dos previsiones de forma genérica en relación con cualquier riesgo grave e inminente, incluidos por tanto los riesgos psicosociales que pueden determinar una situación de violencia y acoso en el trabajo, como la propia Inspección de Trabajo y Seguridad Social reconoce en el Criterio Técnico 69/2009, en relación con la orden de paralización, aunque considerándolo un supuesto muy excepcional que deberá tener en cuenta especialmente la particular vulnerabilidad de la víctima ante esas circunstancias, "de acuerdo con los informes o antecedentes médicos de los que el Inspector pueda tener conocimiento".

Así, por un lado, en estos casos se dota al trabajador con un supuesto *ius resitentiae* reconocido legalmente frente al poder de dirección empresarial. de manera que "*el trabajador tendrá derecho a interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo, en caso necesario, cuando considere que dicha actividad entraña un riesgo grave e inminente para su vida o su salud*" (art. 21.2 LPRL). Además, la norma consagra una garantía de indemnidad, blindando estas decisiones frente al poder disciplinario del empresario, por lo que el trabajador no podrá "*sufrir perjuicio alguno derivado de la*

andaluza de trabajo y bienestar social, núm. 80, 2005, pp. 65-94; Marcos González J.I. y Molina Navarrete, C.: "El recargo de prestaciones por infracción preventiva y el acoso moral en el trabajo razones para corregir un nuevo 'error judicial'. Comentario al STSJ Cantabria de 27 de febrero de 2006 y a la SJS núm. 4 de Donosti, 27 de octubre de 2006", en Bomblás, M.A. y Fernández Baraibar, M. (Coords.) *et al*: *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, 2007, pp. 1123-1132; García Ortega, J.: "El recargo de prestaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional: determinación de la falta de medidas de seguridad por riesgo psicosocial (acoso moral horizontal) y la compatibilidad del recargo con la indemnización por daños morales", *Aranzadi Social: Revista Doctrinal,* núm. 2, 2008, pp. 67-72; Azagra Solano, M.: "Recargo de prestaciones: ¿también en los casos de mobbing?", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2010, pp. 67-80; Molina Navarrete, C.: "El recargo de prestaciones por infracción del deber de evaluar los riesgos psicosociales…", ob. cit. p. 7/9; Gómez-Millán Herencia, M.J.: "La incompleta tutela del recargo en supuestos de acoso laboral. Comentario a la STS, Sala de lo Social, de 14 febrero 2012 (RJ 2012, 3764)" [en línea], *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 7, 2012.

[48] Véase un repaso crítico de estas dediciones judiciales en Molina Navarrete, C.: *El ciberacoso en el trabajo…*, ob. cit., pp. 363 y ss.

adopción de las medidas a que se refieren los apartados anteriores, a menos que hubieran obrado de mala fe o cometido negligencia grave" (art. 21.4 LPRL).

Y, por otro lado, el art. 9.1.g LPRL, posibilita a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social "*ordenar la paralización inmediata de trabajos cuando, a juicio del inspector, se advierta la existencia de riesgo grave e inminente para la seguridad o salud de los trabajadores*", concretándose esta actuación en el en el art. 44 LPRL.

Por tanto, en relación con estas prerrogativas, la empresa puede incurrir en infracciones calificadas muy graves cuando, por acción u omisión, se impida "*el ejercicio del derecho de los trabajadores a paralizar su actividad en los casos de riesgo grave e inminente, en los términos previstos en el artículo 21 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*" (art. 13.9 LISOS); o cuando no paralice ni suspenda "*de forma inmediata, a requerimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, los trabajos que se realicen sin observar la normativa sobre prevención de riesgos laborales y que, a juicio de la Inspección, impliquen la existencia de un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores, o reanudar los trabajos sin haber subsanado previamente las causas que motivaron la paralización*" (art. 13.3 LPRL). Así pues estas actuaciones empresariales se sancionarán pecuniariamente con las cantidades establecidas en el antes mencionado art. 40.2.c LISOS.

4. LOS SUPUESTOS DE CONCURRENCIA DE INFRACCIONES

Finalmente, se ofrece ahora un tercer apunte sobre las reglas que rigen la concurrencia entre infracciones administrativas y entre estas y las infracciones penales.

Pues bien, por un lado, el carácter pluriofensivo de las conductas de violencia y acoso puede dar lugar a que los mismos hechos se integren en más de un tipo de infracción administrativa, de manera que pueden concurrir varías infracciones laborales o, y especialmente, infracciones en materia laboral y de prevención de riesgos laborales laboral. En este último caso, la concurrencia se produce cuando se haya constatado la existencia de una situación de violencia y acoso y, al mismo tiempo, se hayan vulnerado las obligaciones de prevención y protección de la salud de los trabajadores, pero también cuando sea de aplicación el art. 7.10 LISOS, esto es, cuando se hayan producido actos u omisiones que han dado lugar a una situación de violencia, que no puede considerarse muy grave y, al mismo tiempo, la empresa no ha previsto estos riesgos o no ha intervenido frente a ellos adecuadamente.

Estas situaciones se han resuelto aplicando al orden sancionador administrativo los principios que rigen el derecho penal, en especial el principio *non bis in idem*, impidiendo que se "*sancione repetidamente una misa conducta, por entrañar esta posibilidad una inadmisible reiteración en el ejercicio del "ius puniendi" del Estado"* (STC 94/1986, de 8 de julio)[49]. De esta manera, se aplican las reglas sobre concurso de normas que protegen un mismo bien jurídico desde distintas perspectivas y, en su caso, el del concurso ideal de infracciones, por lo que cabe entender que debe penalizarse exclusivamente la sanción más grave[50].

Sobre esta base, cuando concurren infracciones laborales y de prevención de riesgos, generalmente se acudirá a la normativa sobre salud laboral, por ser las sanciones más fuertes en este

[49] La Ley 15/2022 que, como se ha señalado, no resulta de aplicación en materia de infracciones y sanciones en el orden social si señala expresamente en su art. 46.1 la incompatibilidad entre sanciones administrativas.

[50] De Castro Fernández, L.F.: "O acoso sexual...", ob. cit., p. 82; y Lousada Arochena, J.F.: *El derecho de los trabajadores…*, ob. cit., p. 261.

orden. No obstante, puede darse una concurrencia entre infracciones preventivas grave y laborales muy graves, en cuyo caso serán de aplicación estas últimas.

Por otro lado, las conductas de acoso y violencia en el trabajo pueden dar lugar a hechos constitutivos de ilícitos penales en concurrencia con las infracciones laborales y en materia de prevención de riesgos descritas en este estudio. Esto ocurre en los supuestos de lesiones, tanto físicas como psíquicas (art. 147 CP), cuando se ejercen coacciones (art. 172 CP) y, de forma más específica, en los atentados contra la integridad moral y en los supuestos de acoso laboral (art. 173 CP), en relación con el acoso sexual (art. 184 CP) y en los supuestos de discriminación grave (art. 314 CP) e infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales (arts. 316 y 317 CP).

En relación a esta posibilidad el principio *non bis in idem* se desarrolla en la LISOS estableciendo las reglas de concurrencia entre estos dos ordenamientos sancionadores.

De esta manera, se impide que puedan "*sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento*" (art. 3.1 LISOS); y, en los casos, en que se inicie con anterioridad la vía administrativa, si se entiende que las infracciones pueden ser constitutivas de ilícito penal, "*la Administración pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento o mientras el Ministerio Fiscal no comunique la improcedencia o proseguir actuaciones"* (art. 3.3 LISOS).

La paralización del expediente administrativo sancionador por el inicio de actuaciones penales debe ser acordada cuando haya plena coincidencia de sujetos, hechos y fundamento entre el ilícito penal y la sanción administrativa que se pretende imponer. A estos efectos se debe tener en cuenta que la tipificación de los ilícitos penales no tiene el mismo contenido que las infracciones administrativas en el orden social y que, por regla general, la definición de las conductas infractoras suele ser más amplia y precisa; y que, como ya se dijo, el requisito de dolo y gravedad no tiene la misma trascendencia en las sanciones penales y administrativas, aplicándose durante mucho tiempo como un mero factor agravante de la sanción.

Finalmente, debe tenerse presente que la consideración de las conductas de violencia y acoso como un accidente de trabajo y la posibilidad de que el empresario se vea compelido a incrementar por su cuenta las prestaciones que se deriven de tal consideración, no le eximen de otras responsabilidades, puesto que, a tenor del art. 164.3 LGSS, "*la responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción*". Esta compatibilidad se señala también en el art. 42.3 LPRL, el cual establece que "*las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados y de recargo de prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social que puedan ser fijadas por el órgano competente de conformidad con lo previsto en la normativa reguladora de dicho sistema*".

Sobre esta compatibilidad y la aparente colusión del principio *non bis in idem* que se deriva de la, en parte, naturaleza sancionatoria del recargo de prestaciones debe recordarse que la jurisprudencia ha establecido que esta regla "*no siempre imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden y que los contemplen, por ello, desde perspectivas diferentes (por ejemplo, como ilícito penal y como infracción administrativa o laboral)*"; y que "*es indudable que recargo de prestaciones y sanción administrativa no contemplan el hecho desde «la misma perspectiva de defensa social», pues mientras el recargo crea una relación indemnizatoria*

empresario-perjudicado, la sanción administrativa se incardina en la potestad estatal de imponer la protección a los trabajadores" (STS de 2 octubre de 2000, Rec. 2393/1999, recogiendo la doctrina de la STC 159/1985, de 25 de junio).

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Tras este repaso al marco jurídico actual, se pueden poner de relieve algunas consideraciones sobre su compatibilidad con el Convenio 190 OIT. La primera de ellas y, sin duda, muy significativa es que puede afirmarse que nuestro ordenamiento jurídico cumple con las directrices que determina dicho Convenio, lo que no quita que sean necesarias algunas actuaciones precisas por parte de nuestro legislador.

En primer lugar, por una parte, en función de la decisión que se adopte en cuanto a conceptualizar violencia y acoso de forma conjunta o separadamente deberían incorporarse infracciones y sanciones que aglutinaran todas estas situaciones, integrando el acoso laboral o *mobbing*. Lo más natural sería establecer una infracción muy grave por acoso, independientemente de su naturaleza sexual, discriminatoria o de vulneración de la integridad moral del individuo y otras que podrían calificarse como graves y muy graves que recojan otros tipos de violencia en función de cómo se definan los mismos.

Por otra parte, resulta necesario revisar y corregir las disfunciones que ha provocado la Ley 15/2022 en relación con la infracción del acoso discriminatorio y las cuantías de las sanciones relativas a las conductas discriminatorias independientemente de la manera en que se perfeccionen (discriminación directa, indirecta, acoso sexual, discriminatorio o de cualquier otra manera). En otro caso, el ámbito de las relaciones laborales se ve infraprotegido respecto de otros incluidos en la norma mencionada, pese a ser pionero en la regulación de estos ilícitos y sus consecuencias.

Además, en mi opinión, es crucial que se elimine de los tipos infractores toda referencia a la necesidad de que exista un conocimiento del comportamiento por parte de la empresa. No se hace eco la norma de la débil posición en que se encuentran las víctimas de acoso, conviviendo en un entorno hostil en el que reciben muy pocos ánimos, que suelen esconder su situación y que, en ocasiones, reciben tal daño psicológico que llegan a verse como merecedoras de la conducta.

Ahondando en esta cuestión, hay que tener en cuenta que, desde un punto de vista jurídico, se olvida que estamos ante derechos subjetivos de los trabajadores frente a la empresa. Se está, por tanto, ante auténticos derechos de protección que obligan a la empresa a implicarse para que no se produzcan y que, cuando sucedan, se sancionen adecuadamente. La empresa, en consecuencia, no puede mantener una conducta pasiva esperando el momento de actuar[51] y debe actuar preventivamente, evaluando los riesgos de que ocurran estos comportamientos.

Esto enlaza con la segunda y necesaria intervención legislativa, pues esta premisa preventiva está muy presente en el Convenio 190 y, aunque no puede decirse que nuestra normativa en materia de prevención de riesgos no la incluya, habrán de incorporarse a la misma previsiones específicas en esta materia, tanto en la LPRL, incluyendo los riesgos psicosociales y la violencia y acoso, como en la normativa reglamentaria, a fin de establecer protocolos para facilitar a las empresas identificar los riesgos y planificar su prevención e intervenir en caso de que se materialicen. Ello, en fin, permitirá incluir entre las infracciones relativas a la prevención de riesgos laborales referencias a los incumplimientos relativos a los riesgos psicosociales y, en especial, a la violencia y el acoso en el trabajo.

[51] Altés Tárrega, J.A.: *El acoso del trabajador…*, ob. cit., pp. 77 y 78.

6. BIBLIOGRAFÍA

Altés Tárrega, J.A.: *El acoso sexual en el trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

Altés Tárrega, J.A.: *El acoso del trabajador en la empresa (consideraciones al hilo de la Ley 62/2003 de Medidas Fiscal y la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

Altés Tárrega, J.A.: "La represión penal del acoso en el trabajo", *Labos*, vol. 2, núm. 1, 2021.

Altés Tárrega, J.A. y Estardid Colom, F.: "Violencia y acoso en el trabajo: plasmación en las empresas y mecanismos de prevención", *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, núm. 101, 2022

Azagra Solano, M.: "Recargo de prestaciones: ¿también en los casos de mobbing?", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2010.

Blasco Pellicer, A.: *Sanciones administrativas en el orden social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.

Cabeza Pereiro, J. y Lousada Arochena, J.F.: "El acoso sexual como riesgo laboral. STSJ 24 enero 2000 (AS 2000, 60), *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 1, 2000.

De Castro Fernández, L.F.: "O acoso sexual no traballo", *Revista Galega de Dereito Social*, núm. 8, 1993.

De Vicente Pachés, F. *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, Madrid, CES, 1998.

Del Rey Guanter, S.: "Acoso sexual y relación laboral", *Relaciones Laborales*, núm. 34, 1993.

Delgado Ruiz, J. "Régimen sancionador de la Ley de Igualdad", en Mercader Uguina, J.R. (Coord.) *et al*: *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre mujeres y hombres*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

Duréndez Sáez, I.: *La sanción administrativa en el orden laboral*, Murcia, Universidad de Murcia, 2006.

Escudero Rodríguez, R.: "El acoso sexual en el trabajo", *Relaciones Laborales,* 19932.

García Ortega, J.: "El recargo de prestaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional: determinación de la falta de medidas de seguridad por riesgo psicosocial (acoso moral horizontal) y la compatibilidad del recargo con la indemnización por daños morales", *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, núm. 2, 2008.

Gómez-Millán Herencia, M.J.: "La incompleta tutela del recargo en supuestos de acoso laboral. Comentario a la STS, Sala de lo Social, de 14 febrero 2012 (RJ 2012, 3764)" [en línea], *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 7, 2012.

López Rubia, M.: "Los protocolos de acoso sexual y acoso por razón de sexo", en Pedrosa alquezar, S. I. (Coord.) *et al*: *Diseño e implementación de planes de igualdad en las empresas*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2020.

Lousada Arochena, J.F.: "La sanción administrativa del acoso sexual laboral tras la ley 50/98, del 30 de diciembre", *Revista de Derecho Social*, núm. 10, 2000.

Lousada Arochena, J.F.: *El derecho de los trabajadores a la protección frente al acoso sexual*, Granada, Comares, 2006.

Marcos González J.I. y Molina Navarrete, C.: "El recargo de prestaciones por infracción preventiva y el acoso moral en el trabajo razones para corregir un nuevo 'error judicial'. Comentario al STSJ Cantabria de 27 de febrero de 2006 y a la SJS n.º 4 de Donosti, 27 de octubre de 2006", en Bomblás, M.A. y Fernández Baraibar, M. (Coords.) *et al*: *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, 2007.

Molero Manglano, C.: "El acoso sexual: elementos sustantivos y problemas procesales. A propósito de la STC de 13 de diciembre de 1999", *Actualidad Laboral*, núm. 15, 2000.

Molina Navarrete, C.: "El recargo de prestaciones por infracción del deber de evaluar los riesgos psicosociales: la doctrina judicial hace «justicia disuasoria». Comentario a la STSJ, Sala Social, Cataluña, 14 de septiembre de 2010" [en línea], *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 89, 2011.

Molina Navarrete, C.: "Redes sociales digitales y gestión de riesgos profesionales: prevenir el ciberacoso sexual en el trabajo, entre la obligación y el desafío" [en línea], *Diario la Ley*, núm. 9452, 2019.

Molina Navarrete, C.: *El ciberacoso en el trabajo. Cómo identificarlo, prevenirlo y erradicarlo en las empresas*, Las Rozas (Madrid), Wolters Kluwer, 2019.

Moreno Jiménez, B.: "Factores y riesgos laborales psicosociales: conceptualización, historia y cambios actuales", *Medicina y Seguridad en el Trabajo*, núm. 57, 2011.

Nevado Fernández, M.J.: *El ejercicio del derecho al honor (por el trabajador) en el contrato*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

Olarte Encabo, S.: "Acoso moral y enfermedades psicolaborales: un riesgo calificable de accidente de trabajo. Progresos y dificultades", *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social,* núm. 80, 2005.

Pérez Del Rio, M.T. y Ballester Pastor, M.A.: *Mujer y salud laboral*, Madrid, La LeyActualidad, 2000.

Pérez Del Río, T.: "El acoso sexual en el trabajo. Su sanción en el orden social", *Relaciones Laborales*, núm. 17, 1990.

Pons Carmena, M.: "Aproximación a los nuevos conceptos sobre violencia y acoso en el trabajo a partir de la aprobación del Convenio 190", *Labos,* núm. 2, 2020.

Ramos Quintana, M.I.: "Actos de violencia y estrés en el trabajo: análisis jurídico y marco europeo de prevención y protección", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 421, 2018.

Rodríguez Escanciano, S.: "La potestad sancionadora de la Administración en el ámbito laboral", *Documentación Administrativa*, núm. 282283, 2009.

Salvador Concepción, R.: *Defensa contra el acoso psicológico en el trabajo. Principales Cuestiones y Controversias*, Madrid, Dykinson, 2016.

Sánchez, E.; Larrauri, E.: *El nuevo delito de acoso sexual y su sanción administrativa en el ámbito laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

Valverde Asencio, A.J.: *La responsabilidad administrativa del empresario en la relación laboral*, Madrid, Civitas, 1996.

Vallejo Costa, R.: Acoso sexual y acoso por razón de sexo: riesgos de especial incidencia en la mujer trabajadora", *Revista de la Asociación Estatal de Centros Universitarios de Relaciones Laborales y Ciencias del trabajo,* núm. 17, 2006.

Velázquez Fernández, M.; "Las posibilidades de actuación de la Inspección de Trabajo frente al acoso moral o *mobbing*", *Lan Harremank*, núm. 7, 2002.

Yagüe Blanco, S.: "Violencia y acoso en el trabajo: un análisis del nuevo concepto a la luz del 190 Convenio de la OIT", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 57, 2020.